

УДК 347.1.001.362 (418)

**Завальнюк Сергій Володимирович,**

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ ПРАВА ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

**Постановка проблеми.** Згідно теорії права, законодавча прогалина (прогалина в законодавстві) являє собою ситуацію, що виникає при відсутності конкретної законодавчо закріпленої правової норми необхідної для регламентації суспільних відносин, що входять до сфери правового регулювання. В якості основних способів подолання правозастосовувачем таких прогалин традиційно виділяються аналогія закону і аналогія права. Аналогія закону полягає в застосуванні до неврегульованого конкретною нормою відношенню норми, що регулює подібні відносини [16, с. 253-254]. На ряду з аналогією закону в юридичній доктрині існує така категорія як субсидіарне (міжгалузеве) застосування норм, яке передбачає застосування по аналогії не норм галузі цивільного права, а норм, що відносяться до іншої галузі права. Аналогія права передбачає застосування до неврегульованих нормами права відносин загальних засад законодавства.

**Виклад основного матеріалу.** Розглянемо особливості застосування аналогії права у окремих національних правових системах Європи та США.

Історія права свідчить, що вже давним-давно й у різних правових системах утвердився принцип, відповідно до якого суддя не може відмовити в позові через наявність у законодавстві прогалини [14, с. 583]. З часів римського права і далі, законодавцями різних держав у різноманітних формах судовим органам надавалося право створювати відсутні в законодавстві норми самостійно.

Явище рецепції римського права поширило використання аналогії у країнах Європи і світу. Однак національні правові традиції привнесли особливості в методику застосування аналогії права в конкретних країнах.

У сучасній німецькій методиці застосування права під аналогією права розуміються випадки виведення з декількох правових норм загального принципу чи ідеї, дія яких поширюється на не-

врегульовану, але схожу ситуацію. Тобто загальні ідеї і принципи розуміються вельми конкретно, а не настільки масштабно, як у вітчизняному праві. Прикладами аналогії права можуть слугувати виведення часткової правоздатності плода в утробі матері з норм права, що захищають інтереси ненародженої дитини до її народження, або виведення загального правила допустимості припинення будь-яких триваючих зобов'язальних відносин за наявності серйозної підстави, оскільки в Німецькому цивільному уложенні, у главах про договори оренди, надання послуг або заснування юридичної особи, можливість розірвання договору за таких підстав передбачена [23, с. 273].

Аналогія використовується як правовий принцип і Французьким цивільним кодексом: «Суддя, який відмовиться розглядати справу під приводом прогалини в законі, незрозумілості або недосконалості (недостатності) закону, може бути притягнутий до відповідальності за відмову в правосудді (ст. 4)» [20, с. 112]. Закон про цивільний процес у § 193 встановлює: «Суд повинен... там, де мовчить право із закону, почерпнути його з того, що відбувається із загальних правових принципів».

Австрійський цивільний кодекс в § 7 також вказує на необхідність застосування аналогії права: якщо вирішення судової справи залишається сумнівним, то воно повинно бути прийняте згідно з природним правовим принципам і з урахуванням ретельно зібраних, і достатньо обдуманих обставин [10, с. 9].

Аналогія права відома і англійській правовій системі, незважаючи на те, що вона спирається на прецедент. Прецедентні норми англійського права характеризуються, з одного боку, більшою казуїстичністю, прив'язаністю до фактів окремої справи і меншою визначеністю (відсутня єдина методика їх виділення зі складу судового рішення), ніж норми континентального права; а, з іншого, – більшою

гнучкістю (тобто вони легше змінюються, ніж норми законодавства) і меншою абстрактністю, що дозволяє їм більш адекватно відображати суспільні відносини, а судовим рішенням – бути більш справедливими, оскільки справедливість безпосередньо залежить від обліку специфічних ситуативних і суб'єктивних факторів, тобто від наявності більшої диференціації норм. Загальний характер норм законодавства і наявність норм, які забороняють аналогію права і закону, в деяких ситуаціях є причинами винесення судами несправедливого, але з формально-юридичної точки зору правильного рішення [9].

Як уявляється, сама аналогія права в Англії народжувалась ще в епоху феодалізму, в ситуації, коли сторони, справедливо посилаючись на ненадання захисту судами загального права, які не в змозі були вирішити протиріччя на основі старих звичаїв англосаксів, шукали правового захисту у лорда-канцлера, який діяв за дорученням короля. Цей суд став називатися «судом справедливості», позаяк він не був пов'язаний з нормами загального права, а спирався у своїх рішеннях на доцільність і дух справедливості права як певної соціальної цінності. Поступово рішення лорда-канцлера стали набувати форми прецеденту і стали діючим джерелом права.

Прецедентне право Англії, що базується на широкому застосуванні методу аналогії, істотно вплинуло на правовий розвиток багатьох країн світу. До сфери його впливу потрапили США, Канада, Австралія, Індія, Нова Зеландія, інші країни. Однак у самій Великобританії панування загального права не є повсюдним. Широко воно застосовується лише в Англії та Уельсі. В Шотландії і Північній Ірландії, а також низці острівних територій воно не набуло поширення. В рамках країн англосаксонської системи здавна йде конструктивне правове співробітництво, багато прецедентів, вироблених англійськими судами, стали надбанням інших держав або враховувалися їх суддями, і навпаки.

Окремо постає питання застосування аналогії права за законодавством Сполучених Штатів. Орієнтація на гнучку правотворчість, а також гнучку систему правозастосування з урахуванням принципів справедливості, наділення судів необмеженими повноваженнями щодо створення і перегляду правових норм, правовий дуалізм в силу федерального устрою США – все це створює специфіку американського права. У ХХІ столітті в юриспруденції США, як і в Англії, з'явилися нові тенденції. Право перестало розглядатися тільки як засіб вирішення спорів. Воно почало представляти в очах юристів та громадян засіб, що сприяє створенню

спільноти нового типу і саме для цього призначене.

Слід підкреслити, що саме з наявністю писаної Конституції, як однієї з особливостей правової системи США, пов'язані деякі її характерні риси. Одна з них, наприклад, полягає в тому, що Верховний Суд США широко використовує метод аналогії, реалізуючи своє право тлумачити текст і зміст Конституції країни. За аналогією з Верховним Судом США таке ж право мають вищі судові інстанції різних штатів щодо їх власних конституцій. Не випадково застосування східних норм за аналогією дозволено в США на рівні деяких штатів [12, с. 80].

Акти тлумачення Конституції, при якому активно застосовується метод аналогії, відіграють велику важливу теоретичну і практичну роль у процесах правотворчості та правозастосування США [17, с. 317].

Отже, аналогія права є діючим інститутом багатьох національних систем права. Однак застосування в межах окремих національних правових традицій має певні особливості. При цьому аналогію права прийнято відносити до виключних засобів юридичного впливу. Вважається, що з її допомогою не усуваються, а лише оперативно долаються прогалини у праві. Тому вона може бути застосована тільки тоді, коли не вдається виявити подібну юридичну норму [21, с. 2].

Доцільність використання аналогії права судами в англо-американському середовищі безспірна, адже суддівська правотворчість не є чимось надзвичайним у цих країнах і загалом вкладається в сучасне розуміння англосаксонської правової системи та її особливостей.

Судовою правотворчістю є особливий вид правотворчості, який є процесом здійснення судовою владою правотворчої функції у поєднанні із її правозастосовною та інтерпретаційною функціями при розгляді конкретної справи, результатом якої є правоположення, що містяться у сформульованих судом у мотивувальній частині рішеннях, які мають обов'язкову силу не тільки для сторін у справі, але й для інших суб'єктів права відповідно до закону або в силу принципу ієрархічності судової системи (обов'язковість рішень вищих судів для нижчих) або в силу їх переконливості при розгляді аналогічних справ [22].

Теоретики англійського права Д. Остін та В. Блекстоун загалом позитивно оцінювали явище суддівської правотворчості. Вони визначали її як певний процес «зростання права в руках судді» [7, с. 30]. На те, що суд щоразу створює нове право, вказував американський правознавець, прибічник школи правового реалізму К. Левелін [16, с. 27]. Однак це твердження зазнавало й критики.

Так, наприклад, Д. Бентам вважав, що суддівська правотворчість є нічим іншим як узурпацією судовою владою законодавчої функції [22].

На межі ХХ ст. в Європі виникає школа так званого вільного права, представники якої (Є. Ерліх, Ф. Жені, Г. Канторович) у своїх працях заклали теоретичні підвалини судової правотворчості у межах континентальної системи права та переконливо обґрунтували її необхідність і корисність. Так, на думку Ф. Жені, пошук суддею правильного рішення по справі є вільною діяльністю, результат якої – певне правоположення. Формулюючи таке правоположення, суддя фактично стає законодавцем у конкретній справі [3].

Застосування аналогії права як форми суддівської правотворчості загалом укладається в концепцію школи вільного права, схиляючись до соціологічного напрямку в правознавстві. Причому до правотворчості суд спрямовують і навіть підштовхують не тільки прогалини у праві, а й оціночні положення, які містяться у ЦК України, інших актах законодавства [13, с. 111].

Досить детально ці питання розглядав вітчизняний вчений Є. Ерліх, який, будучи прихильником школи вільного права, наполягав на творчій функції суддівства, виявляючи його роль у створенні «правових пропозицій» [7, с. 31]. Позиції цієї ж школи поділяв С.А. Муромцев, який наголошував на наданні повної свободи суддям у випадку недосконалості чи повної відсутності закону, не дочікуючись, поки законодавець приступить до поповнення допущених ним прогалин [15, с. 43]. С.С. Дністрянський визнавав за суддею творчу функцію, згідно з якою він «може вийти навіть поза існуючі правові норми суспільних зв'язків, зберегти такі соціально-етичні норми, які починають щойно творитися» [17, с. 407]. Є.В. Васьковський, своєю чергою, зазначав, що поповнення прогалин має відбуватися за загальним змістом законодавства із відносною свободою правотворчості судді [2, с. 7].

Наполягають на безпосередній участі суду у процесі правотворчості й прихильники концепції «суддівського активізму», згідно з якою судова правотворчість тісно пов'язана з новою роллю судді, яка позначає якісні зміни у його діяльності: від «вуст, що проголошують слова закону» до «оракула права» [22].

Як вірно зауважив А.А. Белкін, «аналогія в праві – це взагалі мистецтво в тому сенсі, що вона має на увазі вихід мислення за рамки стандартизованого застосування норм. Застосування аналогії – це реалізація особливої юридичної кваліфікації, здатної черпати з усього арсеналу права» [1, с. 18].

Однак чи виправдане застосування аналогії права в континентальній правовій системі і, зо-

крема, в Україні? Традиційно при порівняльній характеристиці романо-германського та англо-американського права акцент роблять на тому, що першому притаманне верховенство нормативно-правового акта в системі джерел права, а другому – верховенство правового прецеденту. Відповідно основним суб'єктом правотворчості у країнах континентальної Європи є парламент, а в країнах англо-американського типу правових систем право створюється переважно судовими органами [3].

Як відзначає В.Б. Древяскін, застосування аналогії права не є правотворчістю, оскільки нова норма безпосередньо не створюється, а конкретне рішення правозастосовця не може використовуватися як судовий прецедент [5, с. 92]. Іншої думки дотримується С.І. Вільнянський, який зазначає, що суддівська правотворчість проявляється саме у випадках застосування аналогії права, на противагу застосуванню аналогії закону [14, с. 106].

Аналізуючи практику застосування аналогії права, В.О. Мікрюков доходить висновку, що надмірно обережне ставлення до інституту аналогії не має вагомих підстав [8]. Автор погоджується з тими дослідниками, які вважають, що побоюватися застосування аналогії не слід, оскільки вона не усуває прогалини, а лише долає їх, не обмежуючи законодавця та інших правозастосовців у виборі надалі іншого варіанта регулювання [11, с. 3-12].

Варто погодитися з таким твердженням, бо, дійсно, отриманий в результаті застосування аналогії права висновок не є новим нормативно-правовим актом (чи навіть нормою існуючого акта), обов'язковим для всіх подібних випадків, або джерелом права для подальших вирішень схожих ситуацій. Саме таким підходом законодавця і характеризується судова практика в Україні. Як зазначає В.В. Карташов, регламентація відносин за аналогією «поширюється тільки на окремих випадок і не має юридичного значення для інших ідентичних ситуацій» [6, с. 21]. Вона є рішенням по конкретній справі. А будь-яка норма, розрахована на одноразове застосування, не є нормою у прийнятому розумінні цього слова [18, с. 173].

Однак необхідно говорити і про певні нюанси: не будучи *a priori* джерелом права (чи, вірніше сказати, частиною законодавства), судова практика в Україні є невід'ємним аспектом впливу на так званий «суддівський розсуд». Причиною цього дослідники називають сучасні тенденції поглиблення процесів загальносвітової та регіональної інтеграції, зближення правових систем та уніфікації національних законодавств [3].

**Висновки.** Викладене вище дає змогу зробити висновок, що передбачена нормами цивільного права можливість регулювання цивільних відносин

за допомогою аналогії права є гарантією того, що будь-які спірні цивільні відносини будуть врегульовані, а спір з приводу них вирішений. Наявність у цивільному законодавстві легальної можливості застосування аналогії права зумовлено специфікою приватної сфери правового регулювання, особливостями еластичності законодавства та неможливістю передбачити законодавцем усіх можливих відносин та змін, яких вони можуть зазнати

в майбутньому. Легальна можливість застосування правової аналогії дозволяє суб'єктам цивільного права реалізовувати надану їм свободу (для прикладу – свободу договору), зберігаючи її захищеність і не побоюючись опинитися у правовому вакуумі. Аналогія права є діючим інститутом багатьох національних систем права. Однак застосування в межах окремих національних правових традицій має певні особливості.

#### ЛІТРАТУРА:

1. Белкин А. А. Аналогия в государственном праве / А.А. Белкин // Правоведение. – 1992. – № 6. – С. 13-24.
2. Васильковский Е. В. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского / Е.В. Васильковский. – Петроград, 1915. – 41 с.
3. Волощенко О. В. Особливості розвитку правотворчості в романо-германській та англо-американській правових системах / О.В. Волощенко // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2005. – Вип. 31. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://visnyk.univd.edu.ua/?controller=service&action=download&download=10317>
4. Дресвянkin В. Б. Пробелы в российском трудовом праве / В.Б. Дресвянkin. – Пермь : Изд-во Пермского университета, 2004. – 136 с.
5. Карташов В. Н. Институт аналогии в советском праве. Вопросы теории : учеб. пособие / В.Н. Карташов ; под ред. Н.И. Матузова. – Саратов, 1976. – 63 с.
6. Кобан О.Г. Суддівська правотворчість у соціології С. Ерліха / О.Г. Кобан // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 2. – С. 29-33.
7. Микрюков В. А. Некоторые вопросы применения гражданского законодательства по аналогии / В.А. Микрюков, Г.А. Микрюкова // Вестник Пермского университета. – 2014. – Вып. 1(23). – С. 133-144.
8. Михайлов А. «Система» права в Англии / А. Михайлов // Право блог. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://blog.pravo.ru/blog/theory/3233.html>
9. Момотов В. В. Применение института аналогии в материальном и процессуальном праве России: история и современность / В.В. Момотов, Г.Д. Улетова, С.А. Маркова-Мурашова // Современное право. – 2011. – № 10. – С. 3-12.
10. Морозов М. В. О применении аналогии при назначении уголовного наказания / М.В. Морозов // Теория и практика современной юриспруденции : матер. Междунар. заочной научно-практ. конф. (г. Новосибирск, 13 марта 2013 г.). – Новосибирск, 2013. – С. 78-83.
11. Печений О. Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві / О. Печений // Вісник Академії правових наук України. – 2007. – № 2(49). – С. 108-119.
12. Применение норм договорного права по аналогии // Договорное право. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://uristinfo.net/dogovornoe-pravo/93-dogovornoe-pravo-obschie-polozhenija-kn-1/2148-11-primenenie-norm-dogovornogo-prava-po-analogii.html>
13. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17.02.2011 р. № 3038-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 34. – Ст. 343.
14. Проблемні питання у застосуванні цивільного і господарського кодексів України / під ред. А.Г. Яреми, В.Г. Ротаня. – К. : Реферат, 2005. – 336 с.
15. Рішення Кіровського районного суду м. Дніпропетровська від 19.02.2014 р. № 203/240/14-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37771355>.
16. Теория государства и права : учебник / отв. ред. В. Д. Перевалов. – [4-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Норма Инфра-М, 2013. – 496 с.
17. Учьев З. А. Метод аналогии в юриспруденции нового и новейшего времени / З.А. Учьев // Пробелы в российском законодательстве. – 2012. – № 2. – С. 316-319.
18. Французский гражданский кодекс / науч. ред. и предисл. Д.Г. Лаврова ; пер. с фр. А.А. Жуковой, Г.А. Пашковской. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – 1101 с.
19. Шафиров В. М. Установление смысла законодательства и аналогия права / В.М. Шафиров // Российская юстиция. – 2009. – № 8. – С. 2-3.
20. Шевчук С. Концепція «суддівського активізму» у контексті судової правотворчості / Станіслав Шевчук // Юридичний журнал. – 2008. – № 12. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3096>
21. Шмагин А. Основы немецкой методики толкования права / А. Шмагин // Вестник гражданского права. – 2012. – № 4. – Т. 12. – С. 247-284.

**Завальнюк Сергій Володимирович**

**ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ ПРАВА ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН**

Стаття розкриває передумови виникнення та розвиток такого явища як аналогія права у цивільному праві. В тексті розглянуто особливості застосування аналогії права у різних національних правових системах. Також, висвітлено деякі аспекти щодо пояснення сутності аналогії права.

**Ключові слова:** аналогія права, зарубіжні країни, врегулювання цивільних правовідносин.

**Завальнюк Сергей Владимирович**

**ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ АНАЛОГИИ ПРАВА ПО ГРАЖДАНСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН**

Статья раскрывает предпосылки возникновения и развитие такого явления как аналогия права в гражданском праве. В тексте рассмотрены особенности применения аналогии права в различных национальных правовых системах. Также, освещены некоторые аспекты по объяснению сущности аналогии права.

**Ключевые слова:** аналогия права, зарубежные страны, урегулирования гражданских правоотношений.

**Zavalniuk Serhii Volodymyrovych**

**THE APPLICATION FEATURES ANALOGY OF LAW UNDER CIVIL LAW OF FOREIGN COUNTRIES**

The article reveals the prerequisites and the development of the phenomenon analogy of law in civil law. The text tells us about the peculiarities of application of analogy of law in different national legal systems. Also it highlights some aspects to explain the essence analogy of law.

**Keywords:** analogy of law, foreign countries, the settlement of civil relations.